

DAÑOS Y COSTOS SOCIALES

El Problema de los *Judgment Proof* como una Alternativa de Elección

Hugo A. Acciarri
Andrea Castellano
Andrea Barbero

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ECONOMÍA POLÍTICA
XL REUNIÓN ANUAL**

La Plata, 16, 17 y 18 de noviembre de 2005

Agosto de 2005

DAÑOS Y COSTOS SOCIALES

El Problema de los *Judgment Proof* como una Alternativa de Elección

El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen (*Judgment Proof*) es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad de derecho privado. La literatura se ha limitado, en general, a considerar este tipo de situaciones entendiendo a los *Judgment Proof* como *un tipo* de agentes. Este trabajo estudia la posibilidad de transformarse en *Judgment Proof* como una alternativa *de decisión racional* para *cualquier* agente con activos ejecutables y sus implicancias. El modelo planteado supone que la decisión de insolventarse implica la asunción de costos por parte del dañador potencial y que la relación entre esos costos y la insolvencia alcanzada depende fuertemente del entramado institucional. **JEL: K13**

TORTS AND SOCIAL COSTS

The Judgment Proof Problem as a Matter of Rational Choice

The *Judgment Proof Problem* has usually been analyzed as an issue concerning a *type* of agents. This paper explores the possibility of dealing with the same class of situations as an alternative of rational choice available for *any* agent with some assets, instead. The basic model drawn up for that aim assumes that becoming a Judgment Proof is a costly choice as well as the relation between its cost and the level of goods actually shielded depends on the institutional framework implied. **JEL: K13**

DAÑOS Y COSTOS SOCIALES

El Problema de los *Judgment Proof* como una Alternativa de Elección

*Hugo A. Acciarri **
*Andrea Castellano**
*Andrea Barbero**

Sumario

I.- Introducción

II.- Una caracterización institucional de los agentes Judgment Proof

III.- El problema de los Judgment Proof en los modelos usuales

IV.- La calidad de Judgment Proof como una posibilidad de decisión racional

V.- Conclusiones

I.- Introducción

El caso de los agentes con solvencia insuficiente para responder por los daños que producen es un problema frecuentemente tratado en el análisis económico de la responsabilidad de derecho privado.

Es bastante sencillo advertir la esencia de ese problema. En términos muy generales, se puede concluir fácilmente que cuando un agente no cuenta con bienes suficientes para responder por todos los daños que puede causar, sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño.

La denominación inglesa "*Judgment Proof*", precisamente, intenta identificar a un tipo especial de individuos a quienes su solvencia *nula*, los convierte en sujetos "*a prueba de*

* Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina, acciarri@satlink.com

* Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur, acastell@uns.edu.ar

* Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur, acastell@uns.edu.ar

condenas”, dado que no tendrán en cuenta, al decidir su conducta, la expectativa de una sentencia que los condene a pagar una indemnización. Si no tienen bienes que puedan ser subastados judicialmente para pagar el monto de la condena -y si no pueden sufrir otra consecuencia negativa-, una sentencia que les imponga resarcir, en definitiva, nada incidiría su bienestar. En otras palabras, nada tendrían que perder.

Esa situación de solvencia *nula*, no obstante es una posibilidad extrema. Es posible, en cambio, que los agentes implicados cuenten con *algunos* bienes con que responder a un juicio de daños, aunque su valor sea inferior al total de la condena. En estos casos, todavía, se advierte un problema de eficiencia. Con estas prevenciones, de aquí en más, utilizaremos la denominación “JP” para cualquier agente *que no cuente con solvencia plena para responder por los daños que cause*, en el momento correspondiente.

La literatura se ha limitado, en general, a tratar este tipo de situaciones entendiendo a los JP como *un tipo* de agentes. No obstante, la misma clase de cuestiones puede describirse también como *un problema de elección de agentes perfectamente racionales*, sujeto a ciertas restricciones.

El objeto de este trabajo se concentrará en esa posibilidad. En la sección II, intentaremos una descripción de ciertos aspectos institucionales relevantes para explicar las bases del enfoque que exploraremos en lo sucesivo. En la sección III expondremos, muy sucintamente, las bases de los modelos estándar que constituyen el marco teórico generalmente aceptado en la materia. En la IV, introduciremos formalmente los aspectos principales del enfoque que proponemos y discutiremos algunas de sus consecuencias. En la sección V, finalmente, ensayaremos unas pocas conclusiones generales.

II.- Una caracterización institucional de los agentes JP

En la generalidad de los sistemas institucionales, el conjunto de bienes de una persona -su *patrimonio*- está afectado al pago de sus deudas, y las reparaciones que se deben por los daños producidos no son más que una clase de deudas.

No obstante, puede identificarse un conjunto de excepciones a esa situación general. Por una parte, no todos los bienes resultan, incondicionadamente, sujetos a la acción de la justicia. Por otra, el costo del proceso tendiente a realizar los bienes marca un umbral, debajo del cual resultará irracional intentar esa vía de cobro. Sin dejar de reconocer su importancia, este último aspecto no será objeto de tratamiento en este trabajo.

En cuanto los bienes excluidos de la ejecución judicial, resulta interesante distinguir tres grupos de situaciones. Algunos bienes están excluidos, directamente, por una prescripción legal. Existen además, ciertas posibilidades jurídicamente permitidas, de exceptuar algunos bienes de la acción de los acreedores mediante un acto deliberado (y permitido) del potencial deudor. Finalmente, es posible también -fácticamente- excluir ciertos bienes de la acción judicial, pero obrando de un modo jurídicamente prohibido.

La mayoría de los sistemas jurídicos prevén que ciertos bienes, considerados los mínimos imprescindibles para la subsistencia, y en algunos casos para el desarrollo de una actividad generadora de ingresos, quedan al margen de la ejecución judicial. Ese conjunto de bienes, no obstante, no es igual en todos los sistemas ni permanece estático en el tiempo. En muchos sistemas jurídicos no existe una enumeración legal precisa de estos bienes, sino que se trata de una materia librada a la decisión de los jueces en cada caso concreto, con

una regla que meramente hace referencia a su carácter “*imprescindible*” o “*necesario*”.¹ En Argentina y otros países de derecho romanista, por ejemplo, ha existido una tendencia a la ampliación de ese conjunto de estos bienes protegidos a través del tiempo. Se ha tenido en consideración, por ejemplo, el cambio tecnológico, para que algunos bienes, antes considerados suntuarios, pasaran a integrar el conjunto de “*imprescindibles*” y por lo tanto, excluidos de la posibilidad de ejecución.

Más allá de estas exclusiones generales, existen otros casos previstos por legislaciones especiales, que producen el mismo efecto. Siguiendo en el caso argentino, los inmuebles construidos o adquiridos con préstamos de fomento -otorgados por el Banco Hipotecario Nacional, o Institutos Provinciales de la vivienda-, por ejemplo, quedan igualmente fuera de la posibilidad de agresión judicial. Pero además de estas, existen posibilidades de excluir voluntariamente algunos bienes de la responsabilidad por deudas. La posibilidad de constituir algún inmueble en “*bien de familia*” para sustraerlo de la acción de los acreedores, fue instituida en Argentina en 1954, por la ley 14.394. En definitiva, las posibilidades legales de exclusión son variadas y casuísticas, y un estudio detallado excede, con creces, el propósito de este trabajo.

Otro tipo de exclusión, a diferencia de los anteriores, requiere ciertos comportamientos violatorios del sistema jurídico. Algunas maniobras que permiten a su autor seguir decidiendo el empleo de sus bienes, aunque los mismos queden excluidos de la posibilidad de la ejecución judicial. La constitución de ciertas sociedades, ciertas inscripciones de bienes a nombre de otras personas y otros tipos de maniobras asimilables, aunque constituyan conductas fraudulentas y sean repudiadas por el sistema jurídico, permiten, -si son llevadas a cabo con éxito- el efecto antes descripto. Una consideración ingenua o formalista de muchas de estas situaciones podría entender que un bien que pertenecía a un sujeto y luego aparece inscripto en el registro respectivo a nombre de otro, dejó de ser propiedad del primero y pasó a ser de propiedad del segundo. Hasta cierto punto, esto puede ser entendido así desde la perspectiva jurídica. No obstante, la consideración económica moderna de los derechos de propiedad (ALCHIAN, 1965; DEMSETZ y ALCHIAN, 1973) atiende más bien a la *probabilidad* de decidir efectivamente el empleo (o *algún conjunto de empleos*) de un recurso, que a nociones -casi metafóricas- como la “*propiedad*” del recurso *en sí mismo*.² Luego, si el primer sujeto mantiene el *gobierno real* de las posibilidades de uso del bien en cuestión, el hecho de que pase a estar registrado a nombre de otra persona, no altera los derechos de propiedad del primero. Sin embargo, lo excluye de la posibilidad de ejecución judicial.

El análisis económico de estas posibilidades ilícitas de conducta resulta sumamente interesante y, a veces, suele mostrar debilidades derivadas de ciertas opciones de método. El problema básico es cómo considerar a las conductas jurídicamente prohibidas u obligatorias. El análisis económico del derecho convencional no se limita por el status deóntico de las conductas (*prohibido*, *permitido*, *obligatorio*), sino que incorpora el costo de la sanción impuesta a la violación de las prescripciones legales, para juzgar los incentivos de un agente racional sometido a esa situación. No obstante, por simplicidad o inadvertencia, suelen tomarse ciertas posibilidades *deónticas*, como certezas *fácticas*. Un ejemplo puede aclarar el punto.

¹ En Argentina, los artículos 219 de los Códigos Procesales Civiles de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, disponen: “No se trabará embargo: 1º) En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza...”

² Dado el alcance de este trabajo no nos proponemos discutir la teoría de los derechos de propiedad de Demsetz-Alchian. Nos limitaremos, al contrario, a la breve referencia expuesta. Ello no implica asumir que dicha teoría está exenta de puntos débiles, o compartirla de modo integral.

Cuando se trata de analizar los efectos de la responsabilidad por daños, se toma en cuenta que los sujetos pueden actuar con culpa (y causar un daño), o pueden no hacerlo, y que decidirán según su conveniencia en uno u otro sentido. *Actuar con culpa*, es una posibilidad de conducta -desde el punto de vista deóntico- *prohibida*. No obstante, no se la considera un curso de acción *imposible*, sino una posibilidad perfectamente disponible para el sujeto. Cuando se trata de pagar la indemnización correspondiente a los daños causados, el mismo agente se enfrenta a una nueva disyuntiva: pagar (posibilidad jurídicamente obligatoria) o no hacerlo. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el estadio precedente del análisis, no suele considerarse que el agente puede realizar algún comportamiento antijurídico, sino que esa posibilidad se excluye -a los efectos analíticos- del campo de decisión. Se acostumbra a dar por sentado que el agente pagará la indemnización debida, haciendo estrictamente equivalentes en este punto lo *deonticamente debido* y lo que, *de hecho*, *sucedirá*.

Esta aparente inconsistencia del análisis puede justificarse como una decisión metodológica consciente, cuando lo que se intenta analizar es sólo un tramo de una cadena compleja de decisiones. Si es así, es perfectamente lícito y constituye una decisión de método bastante usual. Si, en cambio, se trata de una inadvertencia, las conclusiones resultarán, en cierto modo, viciadas de ingenuidad.³

En lo que nos ocupa, el tratamiento de las situaciones vinculadas a agentes JP no suele incluir explícitamente el análisis de estas posibilidades ilegales de decisión, sino que considera a los JP meramente un tipo de agentes: una clase de individuos que, más allá de su decisión, carecen de bienes para responder íntegramente por los daños que produzcan. En este trabajo, al contrario, intentamos un punto de partida diferente. Un sujeto que carece de bienes, no puede sencillamente pasar a ser propietario de un patrimonio ejecutable. Sin embargo, un individuo que es dueño de algunos bienes, tiene disponible la posibilidad de excluir todos o algunos de la acción de la justicia. En otras palabras, en ese caso, pasar a ser un agente JP no es más que una decisión. Si suponemos racionalidad en los agentes, luego, esa decisión estará sujeta a las mismas condiciones que las restantes. En términos simples, entenderemos que el agente en cuestión *decidirá* ser JP cuando ello le sea más beneficioso que no serlo y llamaremos, en adelante, *proteger* bienes a las acciones tendientes a esa finalidad. Consideraremos del mismo modo tanto las posibilidades legales (constitución de bien de familia) cuanto las ilegales (traspaso fraudulento y simulado de bienes). Con relación a ambas tendremos en mira únicamente los costos y beneficios implicados. Parece sencillo identificar los costos que demandan las posibilidades legales de excluir bienes de la ejecución judicial. En cuanto a los costos de los comportamientos ilegales, deberán considerarse tanto los costos explícitos de las acciones a emprender por el agente (E.g., el costo de constituir una sociedad fraudulenta), cuanto el valor esperado de la desutilidad asociada a la probabilidad de sufrir una sanción por esa conducta (por ejemplo, una condena a prisión por fraude) o aquella vinculada a la ineficacia probable de la maniobra intentada (E.g., la que se relaciona con la posible nulidad del acto fraudulento, que impida el efecto de exclusión intentado).

III.- El problema de los Judgment Proof en los modelos usuales

³ Si se diera por sentado que los agentes realizarán, de hecho, las conductas obligatorias o no cometerán las prohibidas (con independencia de las condiciones fácticas implicadas y su cálculo de costos y beneficios), bastaría con elegir ciertas normas que expresaran los objetivos perseguidos, para asegurarse que los mismos se producirían efectivamente, en el mundo. Esta visión ingenua suele contaminar total o parcialmente muchos análisis jurídicos y económicos. Ello no suele ocurrir en términos absolutos: nadie cree que con una norma del tipo "es obligatorio comportarse correctamente" puede construirse un sistema jurídico práctico. Sin embargo, en ciertos tramos del diseño y análisis institucional con alguna frecuencia se incurre -de modo más o menos sutil- en alguna clase de ingenuidades.

El modelo estándar de la responsabilidad civil plantea la situación de un individuo que decide emprender una actividad de la cual obtiene beneficios y puede ocasionar un daño a terceros, con una probabilidad que depende del nivel de precaución que adopte (SHAVELL, 1987).

La versión más simple está definida por las siguientes relaciones:

g representa el beneficio⁴ que obtiene el individuo al emprender la actividad; $g > 0$;

x es el nivel de precaución adoptado por el potencial dañador⁵; $x \geq 0$;

$p(x)$ es la probabilidad de ocurrencia del daño⁶;

$0 < p(x) < 1$; $p'(x) < 0$ y $p'(x) \rightarrow -\infty$ cuando $x \rightarrow 0$; $p''(x) > 0$

h es el nivel de daño; $h > 0$.

El comportamiento óptimo desde una perspectiva social surge de la maximización de una función objetivo definida por la diferencia entre el beneficio de emprender la actividad y la suma del costo de precaución más el daño esperado, es decir:

$$\max_x g - [x + p(x)h]$$

y x debe satisfacer la siguiente condición de primer orden:

$$1 = -p'(x)h$$

que expresa que el costo marginal de la precaución se debe igualar con la reducción marginal del daño esperado. El valor óptimo de x se identifica con x^* . Adicionalmente, para emprender la actividad debe cumplirse la siguiente condición de participación⁷:

$$g - [x^* + p(x^*)h] \geq 0$$

El óptimo social x^* se alcanza bajo un sistema de responsabilidad objetiva⁸ en el que el dañador debe afrontar siempre el pago de una indemnización que compense el daño causado. El agente sabe que debe responder siempre, y entonces incorpora en su función objetivo el costo en precaución y el daño esperado, coincidiendo el resultado alcanzado con el socialmente óptimo.

⁴ Puede ser una expresión monetaria si se trata del beneficio de una empresa o simplemente el bienestar experimentado al realizar una determinada actividad como por ejemplo el conducir un automóvil.

⁵ El "nivel de precaución" se expresa en unidades monetarias y puede ser intercambiado por la expresión "costo de precaución".

⁶ Se supone que sólo el dañador puede modificar con su conducta la probabilidad de ocurrencia del daño. La posibilidad de causación bilateral implicaría admitir que también la víctima puede influir en la probabilidad del accidente.

⁷ Para simplificar se supone que el beneficio que obtiene el agente es constante. Una alternativa más compleja sería considerar aquí una función de utilidad del agente que dependa del nivel de actividad a emprender; de esta manera el agente no sólo debería elegir el nivel de precaución a adoptar sino cuánta actividad realizar.

⁸ El análisis podría ampliarse para considerar un sistema de responsabilidad por culpa. La presentación del razonamiento considerando un sistema de atribución objetiva de responsabilidad obedece sólo a razones de simplicidad.

Los resultados cambian y el sistema de responsabilidad civil muestra sus fallas cuando se admite la posibilidad de que el dañador no posea los activos suficientes para afrontar la indemnización que debe pagar si resulta responsable de un daño.

Cuando los agentes son JP se plantean dos problemas entorno a la eficiencia; por un lado no tienen incentivos para adoptar el nivel de precaución adecuado y por otro tienden a adoptar un nivel de actividad socialmente excesivo.

Para modelizar esta situación se incorpora al análisis el nivel de activos ejecutables del dañador potencial, entendido como una variable exógena y . Cuando intervienen agentes del tipo JP, se cumplirá la condición $y < h$. Esto implica que si un individuo causa un daño h sólo responderá hasta un monto y .

La función objetivo, con esta restricción se expresa como:

$$\max \quad g - [x + p(x) \min(y, h)]$$

La elección del nivel de precaución que adoptará este individuo será $x(y)$ ⁹. SHAVELL (2004) demuestra que cuando $y < h$ el nivel de precaución adoptado es inferior al óptimo y el nivel de actividad emprendido es ineficientemente alto.

IV.- La calidad de JP como una posibilidad de decisión racional

El análisis precedente, como antes lo señalamos, considera a los JP *un tipo* fijo de agentes. Es posible, en cambio, interpretar que los individuos disponen de la posibilidad de exceptuar algunos bienes de la ejecución judicial, a través algún curso de acción. En estas condiciones, en consecuencia, la posibilidad de constituirse en JP, o en su caso disminuir aún más su responsabilidad patrimonial, pasa a ser un *problema de decisión racional* para cualquier agente con activos ejecutables superiores a cero. De esta manera el nivel de activos se convierte en una variable endógena del modelo.

Para ello se supone que el agente puede modificar su nivel de activos frente a la posibilidad de resultar responsable de un daño y de tener que afrontar la indemnización correspondiente. Esta posibilidad está asociada a un costo definido por $c \geq 0$. En otras palabras, suponemos que el potencial dañador deberá afrontar algún costo, si desea proteger sus activos de la acción judicial. Este modo de plantear el problema abarca, como lo adelantamos, tanto situaciones permitidas por la ley, cuanto otras prohibidas. La noción de costo involucrada en el problema, incluirá, luego cualquier tipo de desventaja o sacrificio, explícitos o no explícitos, que puedan derivarse de esa decisión de excluir bienes de la acción de la justicia.

En todos los casos, si el agente decide reducir su patrimonio ejecutable por debajo del monto del daño que causará, sólo responderá por una porción de dicho daño, que será igual al nivel de activos ejecutables que conserve. Esto, traerá como consecuencia una divergencia entre el daño potencial y la indemnización potencial que afrontará ese sujeto.

⁹ El hecho que el agente enfrente una indemnización igual al monto de sus activos refleja el supuesto que el costo de precaución es no monetario; si la precaución implica un gasto monetario los activos disponibles para afrontar el pago de la indemnización serán sólo $y - x$. Adicionalmente se supone en principio que el beneficio es no monetario, sino los activos disponibles serían $y + g$.

Asumiendo estas consideraciones, el valor esperado de la indemnización se define formalmente como:

$$p(x)\alpha(c)h$$

donde α es la proporción del daño que va a afrontar con $0 \leq \alpha \leq 1$; $\alpha'(c) < 0$ y $\alpha''(c) > 0$; además $\alpha \rightarrow 0$ cuando $c \rightarrow \infty$ y $\alpha \rightarrow 1$ cuando $c \rightarrow 0$. Si el agente no fuera un JP esta expresión coincidiría con el daño esperado (y α sería igual a 1).

La relación inversa entre α y c pone en evidencia que para responder por un monto inferior a los activos reales que posee, el individuo debe tomar la decisión de cuánto gastar, ya que esta transferencia de activos es costosa. También hay que destacar que ésta relación depende del entramado institucional: en un país con cierto tipo de instituciones será necesario gastar un monto cercano al infinito para que α se reduzca muy poco; en el caso alternativo, será posible insolventarse asumiendo un costo cercano a la nulidad. Entre ambos extremos, suponemos que existe una gama continua de marcos institucionales relevantes.

Con estas modificaciones la función objetivo del potencial dañador que sabe que está alcanzado por un sistema objetivo de responsabilidad, está definida por:

$$\max g - [x + p(x)\alpha(c)h + c]$$

y el óptimo se alcanzará al minimizar el costo total de emprender la actividad riesgosa formado por el costo en precaución más el costo de insolventarse más el monto esperado de la indemnización.

En este escenario el problema tiene dos variables de control y entonces el individuo debe tomar dos decisiones: cuánto va a gastar en precaución y cuánto va a gastar en insolventarse.

Las condiciones de primer orden del problema están definidas por:

$$1 = -p'(x)\alpha(c)h$$

$$1 = -p(x)\alpha'(c)h$$

La primera ecuación establece que en el óptimo el agente debe igualar el costo marginal de la precaución con la reducción en la indemnización a pagar. Nótese que esta reducción en la indemnización potencial se debe a una disminución de la probabilidad de ocurrencia del hecho dañoso al adoptar niveles de precaución mayores.

La segunda ecuación expresa que en el óptimo se debe igualar el costo marginal de insolventarse con la reducción en la indemnización a pagar. Aquí la reducción en la indemnización a pagar se debe a una reducción en α que se produce al aumentar c y que provoca que el agente sea menos solvente y responda en menor medida.

La solución del problema arroja los valores óptimos de x y c identificados respectivamente por $\tilde{x}$ y $\tilde{c}$. El nivel de precaución adoptado en este caso es inferior al óptimo social x^* ya

que el potencial dañador considera en su función objetivo sólo una porción del daño esperado. Sólo en el caso que α sea igual a 1 $\tilde{x}$ coincidiría con x^* ¹⁰.

De las condiciones de primer orden se deduce que en el óptimo se cumple la siguiente relación:

$$\frac{p(x)}{p'(x)} = \frac{\alpha(c)}{\alpha'(c)}$$

Los resultados plantean una relación interesante entre x y c . Si bien la decisión de incrementar cada una de ellas determina para el potencial dañador una reducción en la indemnización esperada, las consecuencias desde el punto de vista del costo social son claramente diferentes. En el primer caso la disminución del valor esperado de la indemnización a afrontar va a la par de una reducción en los costos sociales impuestos a otros en forma de daño. En el segundo, en cambio, la inversión para proteger bienes de la acción de la Justicia sólo reduce el costo privado del dañador (lo que se refleja en la disminución de la indemnización con la que, en definitiva, cargará), pero no varía el costo proyectado a terceros. Se trata, en otras palabras de un mero caso de infracompensación a las víctimas, por los daños sufridos.

Si consideramos al potencial dañador un agente racional en los términos en que venimos discutiendo, su decisión de invertir en precaución o, alternativamente, en proteger bienes de la acción judicial, dependerá del impacto que dicha inversión conlleve en la reducción de la indemnización esperada. La implicancia más evidente de esta asunción es que, si con muy poca inversión es posible proteger bienes que representen un monto elevado, esa opción será claramente más atractiva que adoptar precauciones, y por lo tanto, el nivel de daños que generen los agentes se elevará por encima del óptimo social. Esta conclusión sencilla, no obstante, depende de factores algo menos fáciles de advertir.

En primer lugar se puede señalar que la definición de la función de costos que demande la acción de proteger bienes de la acción judicial puede adoptar formas llamativas. En algunos sistemas es posible inferir que si bien es muy barato excluir unos pocos bienes, es muy caro proteger algunos que signifiquen un valor que supere cierto umbral. Supongamos, por ejemplo, que la única posibilidad disponible es la constitución de un inmueble de valor modesto en bien de familia. Luego, para quien posea diez inmuebles, la posibilidad de proteger uno será muy barata pero si quisiera proteger dos o más, el costo (al no haber otra posibilidad fácticamente disponible) se elevaría al infinito.

En otro sentido, muchas veces los costos están determinados por las consecuencias de la ilegalidad de las maniobras que procuran sustraer bienes de la ejecución judicial. No obstante, no siempre dicho costo vendrá de la mano de una *pena* en el sentido estándar. Ciertos efectos jurídicos inducen de modos mucho más sutiles el incremento de este tipo de costos. Eso ocurre, por ejemplo, con la incertidumbre que introduce entre los cómplices de una maniobra fraudulenta la imposibilidad jurídica de revertir una transferencia de bienes simulada. Al contrario, si se impone una pena pecuniaria cuyo cobro corra por el mismo carril institucional que la ejecución de la indemnización de daños y perjuicios, no implicará en los hechos, ningún costo efectivo adicional. Es bastante simple advertir que si la decisión de insolventarse tiende a dejar una parte de la indemnización impaga, no quedarían bienes adicionales sobre los cuales ejecutar judicialmente ese tipo de penalidades pecuniarias. Luego, las normas que impusieran ese tipo de soluciones podrían servir para apaciguar la

¹⁰ Esto puede verse comparando las condiciones de primer orden de este problema con la condición de primer orden expuesta en la sección III.

conciencia de los legisladores, pero no para modificar las conductas a las que parecen apuntar.

Esta perspectiva de análisis puede extenderse al estudio de diversos aspectos de la responsabilidad. Si bien empleamos un modelo sencillo de responsabilidad objetiva para mostrar esta clase de efectos, es posible analizar su incidencia también, para los casos de responsabilidad subjetiva o por culpa. En ambos casos subsiste la misma alternativa de elección para el agente, que puede decidir si destinar recursos a prevenir el daño o a proteger sus bienes de una ejecución judicial.

Finalmente, un efecto interesante se produce con relación al seguro. La posibilidad más evidente es que, a ciertos niveles de costos, si es suficientemente barato proteger *todo* el patrimonio, esa alternativa será más atractiva, también, que asegurarse total o parcialmente. No obstante, es posible encontrar variaciones interesantes. Cuando existe una función de costos relacionada con las conductas de proteger bienes de la ejecución compulsiva con una pendiente demasiado abrupta, y a su vez, si el costo de la prima es demasiado elevado (lo que ocurre con una prima justa cuando es demasiado alta la probabilidad del daño) puede ser preferible para el posible dañador destinar recursos a disminuir su solvencia en comparación con las posibilidades alternativas, representadas por el aseguramiento completo y por la insolvencia completa.

Los temas relacionados con ciertas variantes del seguro obligatorio como respuesta de *segundo mejor* al problema de los JP (POLBORN, 1998), son también dignas de análisis detallado desde esta perspectiva.¹¹ No obstante, este tipo de cuestiones exceden los propósitos de este trabajo, tendiente básicamente a presentar una perspectiva diferente de abordaje de una cuestión conocida, más que a agotar el estudio de las implicancias del análisis antes descripto.

V.- Conclusiones

La perspectiva metodológica que propone este trabajo parece preferible al planteo tradicional cuando el propósito consiste en analizar con detalle ciertas alternativas institucionales vinculadas a la cuestión de los JP. En concreto, cuando el análisis intenta extremar el estudio de las potencialidades de la responsabilidad de derecho privado (un mecanismo basado en el mercado) como un instrumento de control de los costos sociales derivados de los daños que genere su actividad. La existencia de los agentes JP se suele asociar de modo general a *otras* alternativas institucionales tendientes a generar incentivos adecuados -mecanismos de *specific deterrence* (CALABRESI, 1970)-, distintos y alternativos a la responsabilidad por daños, que se entiende impotente para esos fines. No obstante la perspectiva que intentamos tiende a permitir analizar la cuestión un paso más atrás: esto es, en el punto en que un agente puede elegir ser, o no un JP.

El planteo estándar de la cuestión, al trabajar con sujetos JP como un mero *tipo* de agentes, implícitamente desplaza hacia el campo de lo exógeno ciertos aspectos relevantes del problema. En concreto, deja fuera del campo de análisis las condiciones por las cuales un individuo *llega a ser del tipo JP*, al asumir esa calidad como un hecho dado. Cuando se

¹¹ Una posibilidad interesante en esta materia surgiría, por ejemplo, de incorporar al análisis el momento en el cual es posible para el agente actuar para proteger sus bienes y el costo asociado correspondiente. Si se trata de un análisis de utilidad esperada, puede diferenciarse la situación en la cual el agente debe (a un cierto costo) efectuar la elección de proteger bienes antes de comenzar su actividad, de aquella consistente en efectuar la misma elección luego de producido el infortunio. En el primer caso, la situación sería asimilable a la contratación de un seguro, mientras que en el segundo, sería semejante a someterse al albur de pagar una indemnización, sin cobertura.

plantea la misma situación como un problema de elección racional de los agentes (que pueden decidir si van a invertir en disminuir su responsabilidad patrimonial o, por ejemplo, asumir costos de prevención) en cambio, se incorpora al análisis el estudio de los costos que demanda la decisión de disminuir la responsabilidad patrimonial que derivan de cada sistema institucional. Cuando estos costos decrecen, la alternativa de transformarse en JP o disminuir todavía más el stock de bienes ejecutables -inicialmente insuficiente-, se torna más atractiva. Cuando aumentan, en cambio, la potencialidad de la responsabilidad por daños como mecanismo institucional de control, parece también incrementarse.

La disminución de costos señalada puede acontecer tanto en el campo de las conductas permitidas, cuanto en el área de los actos jurídicamente prohibidos. En el primer caso, las instituciones tendientes a resguardar ciertos bienes de la ejecución judicial pueden atender otros objetivos, pero tienen también incidencia con relación a la eficiencia asignativa. Frecuentemente se advierten problemas semejantes en algunas relaciones contractuales en las que ciertas decisiones judiciales dejan sin efecto algunas estipulaciones y restringen, así, la responsabilidad del deudor. Sin embargo, un efecto asimilable se produce, con claridad, en la responsabilidad extracontractual.

En el caso de conductas prohibidas el análisis puede recorrer aristas muy interesantes. El sistema jurídico podría prever que ciertas conductas tendientes a excluir bienes se tengan como no realizadas y, conjunta o alternativamente, sancionar de algún modo al sujeto que las intentó. En ambos casos, quedará subsistente la posibilidad de que la maniobra ilícita triunfe y los bienes queden efectivamente protegidos. Esto significa que la mera prohibición legal, aquello que mencionamos como *status deóntico de la conducta* (en este caso, su prohibición), nunca es equivalente a la *certeza fáctica* de que no vaya a efectuarse. En términos de la teoría de la elección, nunca se tratará de una posibilidad indisponible para el agente. Muy por el contrario, se trata, simplemente, de una decisión sujeta a ciertos costos y restricciones.

El estudio detallado de la estructura de esos costos genera resultados relevantes en el diseño de políticas públicas. Por ejemplo: si se decide castigar los actos ilícitos tendientes a disminuir la responsabilidad patrimonial mediante una sanción patrimonial (sea que se trate, por ejemplo, de intereses punitivos o una multa) que puede percibirse sólo mediante la ejecución judicial de los bienes del infractor, es posible prever que la misma no generará incentivos efectivos para evitar la conducta formalmente prohibida. Más allá de esta posibilidad extrema, existe un conjunto de alternativas intermedias dignas de estudio. En todos estos casos, sin embargo, la condición final de JP de los agentes no marca el límite inicial del análisis, sino que pasa a ser un aspecto más que se integra al estudio, un campo en el cual es posible operar y con relación al cual incide la estructura institucional vigente, - con independencia y por encima de los meros deseos y de los objetivos perseguidos por los decisores sociales, al respecto- .

La decisión metodológica de endogeneizar como una alternativa de elección *ciertas conductas* que van a llevar a la existencia de *ciertas propiedades* de los agentes probablemente presenta un potencial que permite su generalización a otras situaciones. Los modelos que trabajan con *tipos* definidos de agentes limitan el estudio de las relaciones teóricas a las que se establezcan con esa calidad de agentes entendida como un término de dichas relaciones. Sin embargo, el proceso por cual los agentes llegan a ser de uno u otro *tipo*, muchas veces puede ser estudiado empleando la misma clase de relaciones que se utilizan en dichos modelos para predecir su comportamiento, tal cual lo hacemos en este caso. Un modelo, por ejemplo, puede trabajar con *agentes imperfectamente informados* o *perfectamente informados* y a partir de allí, intentar predecir su comportamiento frente a ciertas elecciones. No obstante -al menos, algunas veces- es posible estudiar la cadena de decisiones que llevó a los sujetos a pertenecer a uno u otro *tipo* de agentes, y es posible hacerlo mediante procedimientos relativamente convencionales. Esta modalidad de estudio,

cuando es posible, enriquece el conjunto de posibilidades de diseño institucional tendientes a un mismo propósito. Luego, probablemente se trata de una posibilidad no desdeñable de ampliación del análisis económico en varios campos.

Finalmente, en lo que hace específicamente a las posibilidades de insolvencia voluntaria, consideradas como alternativa de elección factible y una materia de diseño institucional, el tema parece guardar una relación central con algunos aspectos del análisis financiero, con un campo de desarrollo particularmente digno de explorar.

Referencias Bibliográficas

ACCIARRI, H. A. y CASTELLANO, A. (2005), "Mandatory Third Party Insurance: God, the Devil, and the Details" (April 22, 2005). *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. Paper 9. <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/9>

ALCHIAN, A. (1965), "Some Economics of Property Rights", *Il Politico*, 30 n° 4 p. 816 a 829, en *Economic Forces at Work: Selected Works*, Liberty Press, Indianapolis.

CALABRESI G. (1970), *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*, Yale University Press.

COOTER, R. y ULLEN, T. (1997), *Law and Economics*, 2nd Edition, Addison-Wesley.

DARI-MATTIACCI, G. y DE GEEST, G. (2003), "When Will Judgment Proof Injurers Take Too Much Precaution?" *George Mason Law & Economics Research*, Paper No. 03-56. <http://ssrn.com/abstract=477042>

DEMSETZ, H. y, ALCHIAN, A. (1973), "The Property Right Paradigm", *Journal of Economic History*, volumen 33, núm. 1.

DEWEES, D., DUFF, D. y TREBILCOCK, M. (1996), *Exploring the Domain of Accident Law*, Oxford University Press.

MICELI, T. (1997), *Economics of the Law: Torts, Contracts, Property, Litigation*, Oxford University Press.

NORTH, D. (1993), *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, Ed. Fondo de Cultura.

POLBORN, M. (1998), "Mandatory Insurance and the Judgment-Proof Problem", *International Review of Law and Economics* 18:141–146,

POSNER, R. (1992), *Economic Analysis of Accident Law*, 4th Edition, Little, Brown and Company, Boston.

SHAVELL, S. (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press.

SHAVELL, S. (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press.

SHAVELL, S. (2004), "Minimum Asset Requirements and Compulsory Liability Insurance as Solutions to the Judgment-Proof Problem", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 10341.

SKOGH, G. (2000), "Mandatory Insurance: Transaction Costs Analysis of Insurance" (2000) in Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, p.1094.

Von NEUMANN, J. y MORGENSTERN, O. (1990), *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press.